

Новые вызовы при проведении консультаций с сообществами коренных народов в северных районах канадских провинций

Дуайт Ньюман
(Dwight Newman)

Аннотация: Данная статья рассматривает вызовы, возникающие при применении доктрины федеральной обязанности по проведению консультаций¹ на территории северных районов канадских провинций, фокусируясь на примере северного Саскачевана. Данная обязанность является одним из вопросов северного управления, тесно связанных с правами коренного населения. Статья имеет цель выявления различных проблем в контексте Провинциального Севера. К данным проблемам относятся некоторые технические вопросы применения принципов обязанности проведения консультаций в практике государственного управления, более серьезные проблемы, связанные с правовой неопределенностью, и общие проблемы, связанные с тем, как режим консультаций, предусмотренный правовой системой Канады, отличается от других государственных систем. Данная статья является частью специальной коллекции кратких дискуссионных работ, представленных на Семинаре Валлей (Walleye Seminar) 2014, который проводился в северном Саскачеване, и который рассматривал вопросы консультаций с местным населением севера и с заинтересованными лицами, и их участия в освоении природных ресурсов.

¹ Обязанность проводить консультации - это перевод термина "duty to consult". Данная обязанность существует в Канадской практике и означает, что правительства обязаны консультироваться с местным населением, когда, например, при разработке месторождения возможно причинение ущерба окружающей среде, или если нарушаются права коренного населения (прим. переводчика).

Коатс и в последствии другие (1) дали точное определение северным районам канадских провинций (далее - Провинциальный Север) как отдельному региону, специфика которого создает особые проблемы в государственном управлении. Северные части большинства провинций располагают значительными природными ресурсами и имеют небольшое население, вследствие чего данные области обладают значимостью для провинциальных правительств с точки зрения госуправления, но и могут не получать достаточного внимания от политиков и СМИ. Структура управления базируется в провинциальных столицах на юге различных провинций, что означает, что Провинциальный Север неизменно подпадает в сферу действия законодательства, которое разработано за пределами данного региона, и что реальные потребности Провинциального Севера могут не получить необходимого внимания. Некоторые из связанных с этим проблем в значительной степени выражены в вопросах, связанных с участием и проведение консультаций с местным населением. В северных районах многих провинций представители коренных или аборигенных (согласно канадской правовой терминологии (2) народов составляют большую часть населения – в ряде провинций это подавляющее большинство в 80-90 процентов, хотя северном Онтарио – в зависимости от того, что считать северным Онтарио – только 10 процентов. Такой демографический состав подчеркивает как удаленность от провинциальных столиц в символическом смысле, так и влияние такой удаленности. Относительно вовлечения сообществ коренных народов в решение различных вопросов, и проведения консультаций с ними, в мире сложился целый ряд подходов. Канада имеет специальную правовую доктрину, именуемую «обязанность проведения консультаций» (3). Канадская версия этой доктрины была разработана в канадских судах за последнее десятилетие с 2004 года (4). Данная доктрина разрабатывалась судами, так как общие права коренных народов, а также права коренных народов, установленные договорами между ними и Канадой (далее – «аборигенные или договорные права»), были упомянуты в разделе 35 Канадского конституционного акта от 1982 года, текст которого, однако, содержит очень мало информации о том, что именно представляют собой эти права (5). Обязанность проведения консультаций в том виде, в котором она сложилась в последние годы, требует проявления определенной активности со стороны государства. Обязанность проведения консультаций требует, чтобы канадские правительства на федеральном, провинциальном и территориальном уровне советовались с коренным населением перед принятием административных решений, которые потенциально могут оказать влияние на аборигенные или договорные права. Обязанность проведения консультаций действует в отношении сообществ, у которых имеется аборигенные или договорные права (поскольку требования о предоставлении таких прав действительны согласно Канадскому законодательству), и таким образом, в принципе, включает не только коренные народы, признаваемые таковыми согласно Акту об индейцах, но и другие коренные народы, метисов и инуитов, а также сообщества, не обладающие статусом коренных народов, но отвечающие юридическим критериям наделения

аборигенными или договорными правами. Обязанность проведения консультаций существует даже тогда, когда отсутствует судебное решение или мировое соглашение по объему прав, и таким образом, обязанность консультирования превращается в инструмент, с помощью которого канадские суды реализуют потенциал для уменьшения правовой неопределенности относительно действия прав коренных народов. Примечательно то, что в Канаде обязанность проведения консультаций сложилась в судах, а не в законодательных собраниях или в парламенте, что отличает происхождение данной обязанности от аналогичных обязанностей во многих других юрисдикциях, которые целенаправленно принимали соответствующее законодательство, ратифицировали договорные обязательства, или иным образом принимали аналогичные нормы через механизмы, находящиеся вне судебной системы (6).

Данная статья исходит из понимания обязанности проведения консультаций как фактора, приведшего ко многим положительным результатам. Во-первых, развитие данной обязанности в судах способствовало заставило каждую канадскую юрисдикцию – т. е., федеральное правительство, провинции, и территории, разработать политику, относящуюся к обязанности проведения консультаций, которой подчиняются действия правительств (7). Хотя различные юрисдикции развили разные подходы в свете различных требований и экспериментов в сфере государственного регулирования (8), реальность остается таковой, что правительства консультируются с местным коренным населением гораздо чаще, чем если бы суды не разработали данную концепцию, что дополнительно помогает коренному населению принимать участие в решении различных вопросов (9).

Второй результат, которого суды, вероятно, не ожидали, заключается в том, частный промышленный сектор взял на себя ведущую роль в ведении переговоров с коренным населением, что позволяет прийти к взаимовыгодным результатам для обеих сторон, в сравнении с результатом официального процесса проведения консультаций правительством. Таким образом, местное население может иногда получить больше выгод в сравнении с ситуацией обычного проведения консультаций (10).

В ответ промышленная сторона получает большую определенность в сравнении с неопределенными результатами, которых можно ожидать, если оставить вопросы на произвольное усмотрение правительства в процессе проведения консультаций. В таких юрисдикциях, как, например, северный Саскачеван, представители промышленности, такие, как Камеко, заключили масштабные соглашения об определении последствий и выгод от проекта (СОПВ) (Impact Benefit Agreement), которые обеспечивают значительные преимущества – от финансовых компенсаций до найма на работу, заключения контрактов и подрядов, и помощи в получении образования коренному населению. Эти соглашения, в определенном смысле были достигнуты благодаря обязанности проведения консультаций, поскольку эта обязанность обеспечивает основную правовую базу, которая способствует заключению СОПВ (11).

Однако, коренным население был поднят ряд проблем, связанных с обязанностью проведения консультаций (12). Рассматриваемые ниже комментарии, таким образом, основаны отнюдь не только на единичном исследовании. Скорее, они основаны на комментариях представителей аборигенного населения в СМИ, а также на пока не опубликованных материалах формального исследования, проведенного в местных населенных пунктах, относительно мнений, касающихся обязанности по проведению консультаций; а также на комментариях широкого круга лиц, полученных автором при выполнении текущей работы и презентаций по теме обязанности проведения консультаций для различной аудитории, в том числе в населенных пунктах коренных народов. Данные неформальные источники, возможно, предоставляют, тем не менее, довольно точную картину перечня проблем, волнующих местное население. Например, в Саскачеване провинция ввела в действие обязанность проведения консультаций в рамках провинциальной политики, которая стремится не только соответствовать, но и делать больше, чем то, что предписано законодательством (13). Однако, некоторые элементы данной системы сталкиваются с постоянной и серьезной критикой от местного населения, например, с жалобами относительно слишком коротких сроков проведения некоторых консультаций. С момента когда правительство выдает уведомление о последствиях проекта, которые оно считает незначительными, срок для получения ответа от местного населения иногда составляет всего тридцать дней (14), хотя следует пояснить, что для проектов с серьезными возможными последствиями этот период может быть значительно дольше. Многие местные населенные пункты северного Саскачевана, в частности, выразили мнение, что данный период является очень коротким. Поскольку северный Саскачеван характеризуется коренным населением, разбросанными на большие расстояния, нормальное взаимодействие в течение короткого периода времени является практически недостижимым (15). Некоторые моменты из той же области лежат в основе различных препятствий для участия коренного населения в консультациях. Данные проблемы включают недостаток времени персонала или отсутствие у персонала специализации, необходимой для работы со сложной технической информацией, которая может сопровождать запрос о проведении консультаций. Общая критика заключается в том, что провинциальные правительства, проводящие консультирование в регионе провинциального Севера и ориентирующиеся на интересы центра, воспринимаются коренным и не коренным населением, как не уделяющие достаточно внимания проблемам северян.

Новые вызовы в сфере обязанности по проведению консультаций порождены существующими неясностями законодательства. Предполагается, что обязанность по проведению консультаций должна была помочь в разрешении некоторых из этих неопределенностей, однако, ее непреднамеренным эффектом было стимулирование и закрепление неопределенности вместо разрешения ситуации. В последние месяцы, в национальных и международных средствах массовой информации обсуждалось рассматриваемое в Верховном Суде Канады в июне 2014 года дело *Народ Тсилхгот'ин против Британской Колумбии* (*Tsilhqot'in Nation v.*

British Columbia) о правах коренного народа на землю (16). Ряд пассажиров данного судебного решения предполагает, что в ситуациях, когда правительство или представители промышленности не уверены насчет того, какие действия предпринять для исполнения обязанности по проведению консультаций, необходимо будет получить согласие коренного населения (17). С одной стороны, эта формулировка выглядит достаточно безобидно, а с другой стороны, она нарушает хрупкий баланс, ранее установленный судами, поскольку обязанность проведения консультаций не является правом вето (18). Основная часть доктрины обязанности проведения консультаций, вероятно, все еще находится в процессе формирования, в особенности в ситуациях, когда может быть подана обоснованная заявка на предоставление статуса коренного народа (даже если данная заявка и не будет затем рассмотрена) – но данная ситуация не особо применима к северному Саскачевану, в отношении которого заключены исторические договоры по уступке земли (19).

Однако, в контексте северного Саскачевана, так же, как и в других регионах, обязанность проведения консультаций может способствовать появлению и закреплению дополнительных неопределенностей в законодательстве. Обязанность проведения консультаций дает представителям коренного населения дополнительные возможности при условии, что они смогут найти неясности в законодательстве и на их основе выдвинуть хотя бы минимально правдоподобные требования, что фактически стимулирует представителей соответствующих сообществ искать и находить новые неопределенности в законе, дополнительно создавая новые неопределенности в законодательстве. В Саскачеване имеется всевозрастающая тенденция среди лидеров коренного населения пытаться найти неопределенности относительно предмета исторических договоров, действующих на территории провинции, что позволило бы утверждать о «незаконченности договора» (20). В частности, претензии предъявляются по историческим договорам, например, о том, что при уступке земли не переходят права на недра. Данное утверждение не соответствует текстам соглашений (21), однако заявляется со ссылкой на обстоятельства, известные из устной истории коренного населения (22). Целью является не столько предъявление претензий на все недра, сколько создание переговорной позиции по заключению соглашений о разделе доходов от добычи ресурсов в пользу коренного населения провинции (23). Обязанность проведения консультаций может потенциально усиливать позицию по такого рода претензиям, поскольку достаточная правовая неопределенность касательно прав на недра может инициировать обязанность по проведению консультаций в контексте различных решений по добыче полезных ископаемых. Обязанность проведения консультаций, таким образом, дает стимул к увеличению количества дискуссий по теме предполагаемой юридической неопределенности, что потенциально является контрпродуктивным и не отвечает изначальной цели управления неопределенностью в краткосрочной перспективе, и примирения с коренными народами – в долгосрочной. Потенциально серьезные последствия для Провинциального Севера как в Саскачеване, так и в других местах, заключаются в том, что значительная правовая неопределенность может в конечном счете

повлиять на доступность капитала в сфере разработки природных ресурсов. Неопределенности в законодательстве, появлению которых способствует обязанность проведения консультаций, могут отрицательно повлиять на экономическое развитие сообществ коренных народов Севера, и расширить экономический и социальный разрыв между ними и остальными канадцами по сравнению с тем, что имело бы место без такой обязанности.

Развитие обязанности по проведению консультаций в канадском контексте, т.е. в судах, а не в законодательных органах, является отличительной чертой по сравнению с другими юрисдикциями. Я утверждаю, что данная особенность развития обязанности проведения консультаций может фактически создать проблемы канадскому Провинциальному Северу. Даже если представители Севера или сообществ коренного населения являются меньшинством в законодательных органах, они там присутствуют. Суды, напротив, редко имеют представителей из Провинциального Севера в своем составе; таким образом, существует реальная возможность того, что суды не смогут в должной степени понимать нужды данного сложного региона. Общие проблемы управления на Провинциальном Севере могут быть лишь усугублены исключительно судебным путем развития данной доктрины – со значительными последствиями для самого региона.

Более общим примером того, как суды могут подходить к рассмотрению требований, имея заранее predetermined взгляд на их разрешение, является то, что суды рассматривают обязанность по проведению консультаций, как и другие вопросы прав коренных народов, исходя из мнений, сформированных заранее. Одним из таких заранее сформированных мнений является то, что земля коренных народов может находиться только в общинной собственности во всех случаях. Данный аспект был явно выражен в решении суда по делу Тсилхгот'ин, причем до такой степени, что это привело к установлению ряда ограничений на использование земли (24). Хотя коллективное владение отвечает традициям некоторых коренных народов, имеются, однако и сообщества коренных народов, которые активно работают над переходом к индивидуальным правам на недвижимость. В других сообществах идут активные внутренние дебаты касательно претензий различных пользователей на ресурсы, например, тех, кто занимается традиционными практиками охоты и собирательства, и чьи права могут быть проданы в ходе общих консультаций в рамках сообщества; кроме того, существует даже потенциальная возможность того, что некоторые будут искать возможность признания индивидуальных аборигенных прав наряду с коллективными правами (25). Трактовка судами обязанности консультирования может быть применима к одним ситуациям, и никак не подходить к другим. В настоящих обстоятельствах, обязанность проведения консультаций не может быть применена в полной мере так, как это могло бы быть сделано, если бы законодательство уделяло должное внимание разнообразию аборигенных культур и требований.

Быстрый обзор некоторых новых вызовов, связанных с обязанностью проведения консультаций, которые частично исходят из отличительных особенностей развития этой обязанности в Канаде, дает возможность сделать

некоторые предположения, касательно того, что Провинциальный Север требует большего внимания при анализе того, как работает обязанность проведения консультаций. В то же время, Канада должна внимательно изучить опыт других юрисдикций. За пределами северного контекста находится сложная законодательная система Австралии, с которой существует ряд интересных параллелей, и которая может служить интересным источником опыта. Создание эффективных механизмов представительства коренного населения в Скандинавии может дать значимые уроки. Россия, со сложными и разнообразными подходами, имеющими разную эффективность, включающая в себя разнообразные регионы со своими потребностями, может поделиться опытом по работе с Провинциальным Севером с другого ракурса, поскольку данные канадские регионы наиболее вероятно имеют пробелы в государственном управлении, которые могут иметь последствия на долгие годы.

Автор

Дуайт Ньюман (Dwight Newman) – профессор-исследователь в сфере и канадских исследований по вопросам прав коренного населения в Конституционном и Международном праве, Юридический Колледж, Университет Саскачевана.

Примечания:

- 1) См. семинар Кена Коатса (Ken Coates) и Билла Моррисона (Bill Morrison), «Забывтый Север: История Провинциального Севера Канады» (Торонто: Лоример, 1992). См. также Кен Коатс и Грег Ползер (Greg Poelzer), «Очередной вызов для Севера: реальность Провинциального Севера», Комментарий Института МакДональд Лорье (Macdonald Laurier), апрель 2014). Другие ученые также все шире признают термин «провинциальный север». Интересный набор статей может быть найден в выпуске журнала Northern Review по теме Провинциального Севера — Northern Review 38 (2014): Политические и экономические изменения в провинциальном севере Канады, в редакции Грега Ползера и Кена Коатса), который содержит ряд статей и работ, а также сведения о будущих работах в данной сфере.
- 2) Раздел 35 Конституционного акта 1982 года указывает, что «существующие права коренных народов Канады, а также права коренных народов Канады, установленные договорами с ними, настоящим признаются и подтверждаются» и определяет термин «коренные народы» следующим образом: «В данном акте, термин 'коренные народы Канады' включает индейцев, инуитов и метисов Канады».
- 3) Современная доктрина основана на трех судебных прецедентах: *Народ Хайда против Британской Колумбии (и Министерства Лесных отношений) (Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests))*, 2004 SCC 73, [2004] 3 SCR 511; *Таку Ривер Тлингит (Taku River Tlingit)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 SCR 550; и *Народ Мисикеу Крее (Misikew Cree First Nation)*, 2005 SCC 43, [2005] 3 SC.R 388. По общим вопросам обязанности проведения консультаций, см. Дуайт Г. Ньюман, *Обязанность проведения консультаций: новые отношения с коренными народами* (Саскатун:

- Purich Publishing, 2009); Дуайт Г. Ньюман, *Пересмотр обязанности проведения консультаций* (Саскатун: Purich Publishing, 2014); Дуайт Ньюман, "Верховенство и роль закона: проведение консультаций, сообщества коренных народов и канадский ресурсодобывающий сектор" (Macdonald Laurier Institute, май 2014).
- 4) Развитие обязанности проведения консультаций в случае народа Хайда (*Haida*), основывалось на общих правовых принципах «чести Короны» и примирения с коренными народами, на основе которых Суд сформировал определенную правовую обязанность.
 - 5) Раздел 35 Конституционного акта от 1982 года был введен в действие наряду с дополнительными условиями, которые предвосхищали дальнейшую конституционную дискуссию относительно содержания раздела 35, но эта дискуссия потерпела неудачу при попытке определить содержание раздела 35, который остался просто разделом, «подтверждающим существующие права коренных народов, а также права коренных народов, установленные договорами между ними и Канадой».
 - 6) Например, некоторые латиноамериканские государства, ранее ратифицировавшие Соглашение № 169 МОТ, продолжили развитие конституционных положений по проведению консультаций, или установленных в законодательстве механизмов проведения консультаций. Скандинавские государства приняли механизмы представительства в законодательстве, также согласно Соглашению № 169 МОТ, Россия установила некоторые механизмы в своем законодательстве.
 - 7) Такая политика обсуждена в работе Ньюмана, *Пересмотр обязанности проведения консультаций*, примечание 3 выше, стр. 116–27.
 - 8) Там же.
 - 9) См. Ньюман, *Верховенство и роль закона*, примечание 3 выше.
 - 10) Там же.
 - 11) Там же.
 - 12) См. так же обсуждения данного процесса. Также см. Ньюман, *Пересмотр обязанности проведения консультаций*, примечание 3 выше, стр. 112-13.
 - 13) Правительство Саскачевана, *Основные положения по проведению консультаций с коренными народами и метисами (First Nation and Métis Consultation Policy Framework)* (июнь 2010). Документ обязывает правительство проводить консультации касательно не только последствий для прав коренных народов, а также прав коренных народов, установленных договорами между ними и Канадой, как это требуется законом, но также и по вопросам традиционного землепользования. Таким образом, правительство Саскачевана делает больше, чем предусмотрено базовыми требованиями законодательства. Кроме того, по вопросам, по которым имеется неопределенность, Саскачеван обязуется проводить консультации согласно закону и нормативным актам. Более подробно по политике Саскачевана в данной сфере, см. Ньюман, *Пересмотр обязанности проведения консультаций*, примечание 3 выше, стр. 117–19.
 - 14) Саскачеван, *Основные положения по проведению консультаций*, там же.

- 15) Например, Индейское племя Лак Ла Ронж (Lac La Ronge Indian Band) и община Народ Питер Баллантайн Кри (Peter Ballantyne Cree Nation) насчитывают около десяти тысяч человек, расселенных по многим населенным пунктам.
- 16) *Народ Тсилхгот'ин против Британской Колумбии (Tsilhqot'in Nation v. British Columbia)*, 2014 SCC 44. Анализ решения суда, см. Кен Коатс и Ньюман Дуайт, *Логика против паники: анализ решения суда по делу народа Тсилхгот'ин (Reason Over Alarmism in Analyzing the Tsilhqot'in Decision)* (Оттава: Macdonald-Laurier Institute, сентябрь 2014).
- 17) *Народ Тсилхгот'ин против Британской Колумбии*, 2014 SCC 44, в параграфе 97 указывается, что «правительства, предлагающие использовать или эксплуатировать землю, независимо от того, делают ли они это до или после объявления статуса коренного народа, могут избежать обвинений по поводу нарушения или неисполнения обязанности по проведению консультаций путем получения согласия заинтересованной группы коренного населения».
- 18) Например, см. Народ *Haida* и *Британская Колумбия (Министерство Лесных отношений)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 SCR 511, в параграфе 48.
- 19) Некоторые утверждают, что уступка земли в рамках договоров Канады с коренными народами фактически не означает полного или частичного отказа от прав на землю.
- 20) В качестве Вождя Федерации индейских общин Саскачевана, (FSIN), Перри Беллегард (Perry Bellegarde) использовал данный термин в ряде презентаций, касающихся прав на недра. Он, вероятно, будет придерживаться той же линии в рамках своей новой роли Общенационального вождя в Ассамблее индейцев Канады (AFN).
- 21) Пункт по уступке прав в различных соглашениях рассматриваемого региона, относится исключительно к правам на охоту и рыбную ловлю на всех переданных землях «за исключением таких участков, которые в какое-либо время могут потребоваться для создания населенных пунктов, рудников, заготовки древесины, или для других целей Правительства Доминиона Канады или любыми его подданными, должным образом уполномоченными указанным Правительством». Прямая ссылка на создание рудников делает данный текст несовместимым с утверждением о сохранении прав на недра.
- 22) См. например, Уолтер Хильдебрандт, Дороти Фирст Райдер, и Сара Картер (Walter Hildebrandt, Dorothy First Rider & Sarah Carter), *Истинный дух и исходное намерение Договора номер 7* (Монреаль: McGill-Queen's University Press, 1996), стр. 144-45 (устная история относительно взглядов вождей на Договор номер 7 во время подписания); Гарольд Кардинал (Harold Cardinal), *Старейшины Саскачевана: наша мечта – в том, чтобы наши народы были признаны самостоятельными нациями (Treaty Elders of Saskatchewan: Our Dream is That Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations)*, (Калгари: University of Calgary Press, 2000) на 31, 36—37, 63 (старейшины обсуждают статус прав на недра и концепцию совместного [с колонистами] владения землей только лишь на глубину, на которую может проникнуть плуг).

- 23) Перри Беллегард, таким образом, использует концепцию «незавершенного договорного процесса» чтобы обосновать, что по закону раздел доходов от добычи природных ресурсов является обязательным.
- 24) *Тсилхгот'ин*, примечание 16 выше, параграф 74. См. также Коатс и Ньюман, примечание 16 выше, стр. 14-15.
- 25) Такие требования уже предъявлялись, хотя и были частично оставлены без рассмотрения, см. *Бен против Мултон Котрактинг Лимитед (Behn v. Moulton Contracting Ltd.)*, 2013 SCC 26, [2013] 2 SCR 227.
- 26) Дискуссию см. у Ньюмана, *Пересмотр обязанности проведения консультаций с коренными народами*, примечание 3 выше на стр. 153–58.
- 27) Касательно примеров из других северных регионов, см. работу Дуайта Ньюмана, Мишель Биддулф (Michelle Biddulph) и Лорел Биньон (Lorelle Binnion) «Развитие энергетического сектора в Арктике и наилучшие практики по проведению консультаций с коренными народами» (2014), 32, *Международный юридический журнал Университета Бостона*, 449. В данной работе мы рассматриваем различные юрисдикции, включая объемную дискуссию по тематике России. В России, конечно, имеются различные национальные и субнациональные законодательные подходы и уровни фактической реализации положений закона.